



NOTAS SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRÉSTAMO O CRÉDITO HIPOTECARIO POR INCUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS PACTADOS*

*José María Martín Faba***
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 7 de septiembre de 2018

1. Planteamiento

Un prestatario incumplió su obligación de pago de determinadas sumas en los plazos de devolución pactados en un crédito con garantía hipotecaria, razón por la cual la entidad bancaria interpuso demanda de proceso declarativo, ejercitando, entre otras que ahora no me parecen apropiadas para el análisis, acciones de resolución contractual y de reclamación de lo adeudado más los intereses legales correspondientes. Se argumentaba en el escrito que la entidad hacía uso de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC, pues aquella había cumplido con la obligación de poner a disposición de la parte prestataria la cantidad de 96.000 euros mientras que la demandada había incumplido al dejar de abonar 18 cuotas mensuales. La sentencia de primera instancia estimo parcialmente la demanda al condenar “a la parte demandada a abonar a la parte actora la cantidad que se determinará en ejecución de sentencia (...), más los intereses legales correspondientes”. Parece que ante la falta de coherencia y concreción del fallo, el banco decidió apelar la resolución.

Dicho esto, la **Sección 9ª de la AP de Valencia, en su sentencia núm. 398/2018 de 9**

* Trabajo realizado en el marco del contrato predoctoral para la formación de personal investigador en el marco del Plan Propio de I+D+i de la UCLM [2016/14100]; y de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

** ORCID ID: 0000-0002-4826-8140.



de mayo, se centra en elucidar si procede o no la resolución del contrato enjuiciado al amparo del artículo 1124 CC. En primer lugar, para la Sala es tremendamente relevante que el contrato cuya resolución se pretende es de crédito abierto con garantía hipotecaria, y no de préstamo. Así, explica que en realidad la entidad concedió un límite máximo de crédito, teniendo el cliente la posibilidad de disponer de una sola vez del total crédito o de disponer de él fraccionadamente. La entidad podía además volver a conceder el límite máximo en los cuatro últimos años del plazo si el acreditado cumplía sus obligaciones hasta ese momento. A juicio de la Sala todo ello supone que, además de la existencia de la obligación de devolución para la parte acreditada, exista obligación para el banco, pues mientras no se haya agotado el límite pactado tiene aquella la obligación de entregar nuevas cantidades dinerarias, o de volver a conceder crédito si el acreditado repone lo dispuesto en los plazos convenidos. En efecto, entiende la Audiencia que estamos ante un contrato con obligaciones recíprocas o bilateral, al que puede aplicarse, conforme el art. 1124 CC, la resolución en caso de incumplimiento grave y esencial. En suma, la Audiencia considera que el impago de 18 cuotas al tiempo del cierre de la operación, y de 36 al tiempo del dictado de la presente sentencia, es un incumplimiento sustancial a los efectos de acordar la resolución del contrato por aplicación del artículo 1124 CC. Por otra parte, afirma que como regla general la resolución del contrato bilateral por incumplimiento tiende a cancelar desde un principio los efectos de lo convenido, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el pacto no se hubiere celebrado, lo que lleva consigo la obligación de restituir a cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional. Pero manifiesta que esta regla general admite excepciones, con cita de la STS núm. 216/2009, de 6 de noviembre, que estableció que la eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte han sido consumadas, cual sucede en contratos como los de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil, en que la resolución del vínculo contractual debe operar *ex nunc*. Por consiguiente, concluye la Audiencia que en relación a contratos de préstamo o crédito que podamos calificar de bilaterales, los efectos de la resolución suponen que el prestamista puede reclamar el importe total de las cuotas vencidas, aunque sean comprensivas de capital e intereses, y el importe del capital pendiente de vencimiento, pero no los intereses comprendidos en las cuotas que no habían vencido. Por ello la Sala condena al demandado a restituir al demandante la cantidad total de 70.471,88 €, pues esa es la suma del capital por vencer, de las amortizaciones impagadas y de los intereses ordinarios. Por último, la Audiencia declara que la cantidad fijada devengará el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta resolución hasta su completo pago, y no desde la sentencia de instancia, porque es la sentencia de esta Sala la que estima íntegramente la pretensión principal.



2. Notas

1ª. El art. 1124 CC se refiere a la facultad de resolver las obligaciones “recíprocas” para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. Este remedio legal frente al incumplimiento solo se reconoce a los contratos con prestaciones recíprocas, también llamados bilaterales u onerosos, donde la obligación de una parte deba entender “causa” (1274 CC) de la contraprestación de la otra. La Audiencia llega a la conclusión de que un crédito con garantía hipotecaria es un contrato bilateral, y por eso afirma que es aplicable el art. 1124 CC. Pero de la argumentación de la Sala se desprende que no sería así en el caso del préstamo, pues al tener este carácter real, por perfeccionarse con la entrega del dinero, solo existiría la obligación de devolución del prestatario, y por ende no sería aplicable el art. 1124 CC.

2ª. Mas creo que es inconducente intentar incluir el préstamo en la categoría de contratos consensuales o reales a efectos de determinar si es dable o no la acción de resolución por incumplimiento de una de las partes del art. 1124 CC. Como veremos, es otro el quid justificativo de la procedencia de la acción de resolución del préstamo por incumplimiento. Nótese que el préstamo puede ser considerado en unas ocasiones real y en otras consensual, dependerá del contexto en que se haya llevado a cabo la contratación. Así pues, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS núm. 385/2001, de 20 de abril) ha admitido la validez de un contrato de préstamo consensual dirigido a crear la obligación de prestar, siendo la “promesa” de préstamo verdadero préstamo si se llega a manifestar el consentimiento con intención de vincularse jurídicamente, lo que dependerá de las circunstancias del caso. Prueba de que el préstamo, concretamente el hipotecario y bancario, puede ser consensual, es la oferta vinculante del art. 23 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (*cfr.* Art. 14.6 III Directiva 2014/17/UE y art. 8 LCCC). Este precepto permite al cliente, *una vez las partes han mostrado su voluntad de contratar un determinado servicio bancario de préstamo hipotecario*, exigir al banco la entrega de una oferta vinculante, y por tanto conminarle a que entregue la cantidad en las condiciones ofertadas, lo que evidencia que el contrato se ha perfeccionado con anterioridad a la entrega del dinero. Desde luego que este carácter consensual del contrato es el que mejor casa con lo que es la práctica bancaria habitual, como así lo adviera el hecho de que las entidades y clientes formalicen con carácter previo los oportunos pactos y, después, en ejecución de estos, se entreguen las sumas comprometidas. Empero, el préstamo puede ser también considerado real y por ende entenderse perfeccionado con la entrega del dinero. Un ejemplo claro de préstamo con carácter real sería el siguiente. Me encuentro en un restaurante con un amigo muy allegado y le comento la precariedad de mi situación económica. Mi amigo saca 1.000



euros y me los entrega y me dice que se los devuelva en el plazo de 6 meses, lo que a mí me parece estupendo. Es evidente que este contrato de préstamo se perfeccionó cuando mi buen colega me entregó la cantidad aludida. Con todo, que el préstamo se haya perfeccionado con la entrega no quiere decir que sea unilateral y que las partes no realicen prestaciones corresponsivas. Así, en **los llamados contratos reales, la prestación de una parte es tanto obligación como condición de existencia del contrato mismo**. Es decir, en el préstamo de carácter de real, la entrega del dinero, además de requisito para el nacimiento del contrato en sí mismo, también es la prestación del prestamista, que otorga el dinero porque sabe que se lo devolverán, con o sin intereses. Nótese que el prestamista hace entrega del dinero por la confianza en que la otra parte cumplirá su compromiso de devolución en el plazo acordado. Por tanto, la prestación de una parte, la entrega, trae “causa” (1274 CC) de la contraprestación de la otra, la devolución en el plazo o plazos pactados. En el préstamo con interés la prestación de entrega y concesión del plazo puede tener como causa adicional el rédito que podrá obtener el prestamista. En el préstamo sin interés la misma prestación obedece únicamente a que el prestamista espera que el prestatario le devolverá la suma prestada en el plazo establecido. Por tanto, el artículo 1124 CC sería aplicable a un contrato de préstamo considerado real, pues en este también existen prestaciones recíprocas. Además, destáquese que nuestro ordenamiento jurídico permite la resolución de contratos reales, que se perfeccionan por la entrega de la cosa, por el incumplimiento de una de las partes. Así sucede en la compraventa a plazos de bienes muebles, donde el art. 10 LVPBM prevé que si el comprador se demora en el pago de dos plazos el vendedor podrá exigir el pago de todos los pendientes de abono o la resolución del contrato.

3ª. Como apuntamos, la procedencia o no de utilizar la acción de resolución por incumplimiento en el contrato de préstamo proviene de un evento distinto a la clasificación de aquel como real o consensual. Así pues, el préstamo de dinero, con o sin interés, está configurado en el CC como un contrato en el que una parte entrega a la otra una cantidad de dinero para que esta *la use por cierto tiempo y se la devuelva*. En efecto, el CC presume que el dinero se devuelva un día determinado. Nótese que no tiene sentido la acción de resolución por incumplimiento hasta que llegue el plazo y el deudor no pague, pues hasta ese momento no puede el prestamista exigir el cumplimiento. Por eso la acción no va a ser ejercitable en el transcurso del contrato, hasta la llegada del plazo. Es decir, la resolución por incumplimiento no tendría razón de ser en un préstamo pagadero a un plazo¹. Consecuentemente, el CC no atribuye al

¹ Aunque con anterioridad al vencimiento del plazo de cumplimiento no se puede hablar de incumplimiento de la obligación, es posible que ciertos eventos puedan hacerse equivalentes al incumplimiento, aunque este aún no haya tenido lugar. Básicamente la figura del incumplimiento anticipado o previsible ofrece respuesta a la cuestión relativa a si el acreedor puede instar ciertos



prestamista la posibilidad de accionar los remedios contractuales basados en el incumplimiento contractual, al igual que no se los atribuye a otros contratos en los que se establece un plazo, como el depósito o el comodato. En estos últimos contratos el ordenamiento jurídico concede a ambas partes un derecho de terminar la relación, al menos por justa causa (*vid.* arts. 1749 y 1775 CC respectivamente). Y como el CC es sabio, también da derecho al prestamista a terminar la relación por causa justificada. Efectivamente, dentro de la regulación de las obligaciones a plazo, como es el préstamo, el CC estableció en el art. 1129 que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo, y el acreedor podría exigir anticipadamente el cumplimiento de la obligación, cuando se den una serie de circunstancias que ostentan como fundamento común *el mantenimiento de la seguridad del cumplimiento ante una situación patrimonial objetiva que lo compromete* (MONTÉS). Es decir, este precepto tiene la finalidad de proteger al acreedor cuando pierde la confianza, a la luz de diferentes signos externos, en que el deudor pueda cumplir su obligación cuando llegue el plazo acordado.

4ª. Empero, de ordinario, en el préstamo de la actualidad, y sobre todo el bancario, se pacta la devolución en distintos plazos: normalmente mensuales, pero también trimestrales, semestrales, anuales, etc. Repárese que en estos casos ya no existe un día concreto para que el prestatario devuelva la suma otorgada y para que el prestamista pueda exigir el cumplimiento de la obligación, pues esta se estructura en sucesivos plazos de ejecución ya determinados, y el último de ellos podrá constituir una parte residual de todo lo prestado. Es de cajón que si el deudor va incumpliendo la ejecución de su obligación en los plazos pactados no hoya que esperar al último de ellos para considerar aquella incumplida y poder exigirla. Dese cuenta además que el artículo 1129.1º CC no contiene un supuesto específico para vencer anticipadamente el contrato en caso de incumplimiento del prestatario de los plazos estipulados, simplemente porque el CC preveía que los préstamos fueran pagaderos a un plazo, no en plazos sucesivos. En conclusión, creo que si el préstamo se ha pactado a devolver en distintos plazos, y el prestatario ha incumplido un número importante de ellos, el prestamista puede ejercitar la acción de resolución por incumplimiento del art. 1124 CC, con las

remedios contractuales cuando, con anterioridad a la fecha de cumplimiento, concurren circunstancias que impiden o pueden impedir alcanzar, llegado el vencimiento, el propósito perseguido con el establecimiento de la relación obligatoria. Esta figura, ha sido admitida por la doctrina (DÍEZ PICAZO Y CARRASCO PERERA) y proviene del Derecho anglosajón (*anticipatory breach o anticipatory repudiation*), y ha sido asumida por la CISG y en los textos de Derecho uniforme (*anticipatory non performance o anticipated non performance*, en terminología del DCFR) en los que se faculta a una de las partes del contrato para resolver, si se prevé anticipadamente un incumplimiento que también le permitiría acudir a la resolución en el caso de que la obligación fuera ya exigible. Más información sobre la resolución por incumplimiento previsible se encuentra en el excelente trabajo de GARCÍA PERÉZ, R., “El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.7/2012, BIB 2012\3025.



consecuencias que ello tendría, como poder solicitar una indemnización de daños y perjuicios.

5ª. Lo ultimado en el punto anterior es la conclusión a la que creo que quiere llegar PARRA LUCÁN en la STS núm. 432/2018 de 11 de julio, pero a través de una argumentación que a mi juicio resulta embrollosa. En la sentencia la ponente estima la acción de resolución de un contrato de préstamo por el incumplimiento del prestatario de los plazos acordados. La *ratio dedicendi* es la siguiente. Si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución del dinero **un día cierto**, no es aplicable el art. 1124 CC. La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos, como pagar intereses, dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital en ciertos plazos fijados. Estos compromisos son indicios de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento. De este modo, el prestamista se compromete a entregar el dinero porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, dedicar el dinero a cierto destino, abonarlo fraccionadamente, etc. Con todo, concluye que en los casos en los que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario. Más con este último aserto no estoy de acuerdo porque si el préstamo se pacta sin intereses el aplazamiento en la recuperación únicamente obedece a la confianza del prestamista en la mera devolución.

6ª. Cosa distinta es que la acción de resolución por incumplimiento tenga consecuencias no queridas por el accionante. Como apunté en otro trabajo² es cuestionable que la pretensión de resolución sea la que satisface los intereses del prestamista que quiere dar por vencidos los plazos sucesivos del crédito, pues los efectos de aquella son *ex tunc*. Pero la Audiencia en este punto innova, estableciendo, creo, una solución adecuada en términos prácticos, al determinar que los efectos de la resolución suponen que el prestamista pueda reclamar el importe total de las cuotas vencidas, comprensivas de capital e intereses, y el importe del capital pendiente de vencimiento, pero no los intereses comprendidos en las cuotas que no habían vencido. Cantidad incrementada toda ella en el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda. Sin embargo, repárese que en los préstamos garantizados con hipoteca, como el del caso planteado, hay que tener en cuenta que, en rigor, al resolverse el contrato de préstamo desaparece la base negocial en que se sustenta la hipoteca, por lo que esta misma se extingue, sin

² MARTÍN FABÁ, J.Mª, “Cuestiones jurídicas interesantes que suscita la huida de la ejecución hipotecaria española”, Publicaciones Centro de Estudios de Consumo, Marzo 2018, http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Cuestiones_juridicas_interesantes_que_suscita_la_huida_de_la_ejecucion_hipotecaria_espanola.pdf



que, en teoría, pueda ser empleada por la entidad para asegurar el cumplimiento de la nueva deuda de restitución. Ahora bien, creo que debido a las circunstancias en las que se desenvuelven estos pleitos (art. 3.1 CC), producidos por la imposibilidad de acudir a la ejecución especial por la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado de la escritura, no debería declararse la extinción de la hipoteca, y permitir al acreedor que ejecutara la sentencia de condena por el cauce de la ejecución dineraria con cargo a la garantía hipotecaria, sin necesidad de practicar embargo sobre esta, eludiendo las normas de orden de embargos y utilizando la tasación dispuesta en la escritura.